



Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?

Blandine Mallet-Bricout

► To cite this version:

Blandine Mallet-Bricout. Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?. Droit et Patrimoine, 2009, 10 (185), pp.79-88. hal-00426640

HAL Id: hal-00426640

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00426640>

Submitted on 21 Nov 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?



Par **Blandine Mallet-Bricout**,
Professeur
à l'Université
de Lyon III
(Jean-Moulin)

Le régime juridique de la fiducie-sûreté n'a cessé d'être aménagé par le législateur depuis l'introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007. Désormais clairement réglementée dans le Code civil, aussi bien en ce qui concerne la fiducie portant sur des meubles que celle portant sur des immeubles (v. C. civ., art. 2011 et s., 2372-1 et s. et 2488-1 et s.), elle laisse néanmoins subsister des questions, qui tiennent pour l'essentiel à la coordination du régime de la fiducie-sûreté avec certaines réglementations applicables aux biens faisant l'objet de la fiducie.

Il est admis que la question de la fiducie-sûreté est certainement apparue dans un premier temps comme secondaire pour le législa-

teur français : dans la loi du 19 février 2007, la fiducie-sûreté n'a en effet pas une place bien définie : elle ne fait pas l'objet d'une franche reconnaissance, mais n'est pas non plus écartée des dispositions de la loi (1). Les textes postérieurs n'ont pourtant cessé de démentir cette première impression d'une introduction discrète de la fiducie-sûreté en droit français. Bien plus, l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 s'est employée à préciser la réglementation applicable à cette nouvelle sûreté, lorsque la fiducie porte sur des meubles et lorsqu'elle porte sur des immeubles. Et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a encore affiné ce régime juridique, par quelques dernières modifications appelées de ses vœux par la doctrine spécialiste.

Mais avant d'entrer dans le détail de cette institution nouvelle, il faut s'arrêter sur son mécanisme même : la fiducie-sûreté est le contrat par lequel un bien ou une masse de biens est transféré(e) en garantie, par le constituant, dans un patrimoine fiduciaire géré par un tiers fiduciaire, à charge pour ce dernier de restituer le bien ou la masse de biens au débiteur lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer, ou bien de les conserver dans son patrimoine propre ou de les délivrer au créancier si la créance n'a au contraire pas été remboursée. L'apport essentiel de cette nouvelle législation est ainsi d'admettre un mécanisme général de sûreté-propriété, une nouvelle sûreté réelle polyvalente portant indifféremment sur des meubles et des immeu-

bles, et qui repose sur l'idée originale d'un patrimoine d'affectation.

Plusieurs hypothèses de fiducie-sûreté peuvent toutefois être envisagées :

- dans un premier schéma, simple, le débiteur (constituant) remet au créancier (fiduciaire) un bien ou une masse de biens, sur lesquels le fiduciaire va exercer un droit de propriété (2) jusqu'au complet remboursement de la dette. En cas de non-remboursement de la dette à son échéance, le créancier-fiduciaire peut se payer sur ce bien ou cette masse de biens : c'est donc une forme de propriété-garantie. Techniquement, les biens apportés en fiducie vont passer du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du créancier-fiduciaire, et ainsi ces biens vont devenir la propriété définitive et perpétuelle du créancier (3). Le créancier-fiduciaire et le constituant-débiteur sont donc

Notes

(1) Le « but déterminé » dans lequel le fiduciaire peut agir « au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (C. civ., art. 2011) peut tout à fait être un but de garantie. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison d'écarter a priori la fiducie-sûreté du dispositif mis en place, dans la mesure où cette technique était déjà connue du droit français avant la loi du 19 février 2007, dans des formes « atténuées » (portage d'actions, gage-espèces, cession de créances professionnelles à titre de garantie, contrats de garantie financière, etc.). La fiducie-sûreté était toutefois, dans ces hypothèses, admise à propos de certains biens et en visant certains opérateurs (établissements financiers spécialisés). Surtout, ces mécanismes de garantie ne reposaient pas sur l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire autonome.

dans ce cas les bénéficiaires alternatifs de l'opération de fiducie-garantie, selon que la dette est remboursée ou non : seuls deux protagonistes interviennent dans cette hypothèse, comme cela est d'ailleurs clairement envisagé à l'article 2016 du Code civil : - un second schéma de fiducie-sûreté, plus élaboré, peut néanmoins être rencontré : le constituant affecte alors des biens en garantie de la dette d'un autre. Dans ce cas, le constituant n'est pas le débiteur, mais le fiduciaire peut être le créancier. Ou alors, autre hypothèse, le fiduciaire n'est pas le créancier : il reçoit des biens en garantie de la créance détenue par un tiers et à l'échéance de cette créance, si celle-ci reste impayée, les biens et droits objets de la fiducie seront transférés du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du tiers créancier.

Toutefois, bien que plusieurs schémas de fiducie-sûreté puissent être imaginés, les problématiques et outils restent les mêmes. Quelques rares fiducies-sûretés ont été contractées depuis la loi du 19 février 2007 (4), mais l'on peut penser que les récentes modifications législatives pourraient déclencher un intérêt plus marqué de la part des praticiens à l'égard de cette institution. Le législateur a en effet revu une première fois sa copie, dans la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME ». L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives⁵ intéresse également de près à cette institution, et une nouvelle ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 est venue détailler encore davantage le régime juridique applicable à la fiducie-sûreté, à nouveau quelque peu modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit. Les mouvements législatifs récents ont ainsi suivi trois grandes directions : un premier mouvement vers un « élargissement » du domaine de la fiducie, le constituant pouvant désormais être toute personne physique ou morale et les avocats pouvant accéder à la qualité

de fiduciaire (5) ; un deuxième mouvement dans le sens d'une plus grande « précision » du régime de la fiducie-sûreté (admission expresse de la convention de mise à disposition, organisation du transfert de créances dans le patrimoine fiduciaire, réglementation de la fiducie rechargeable, etc.) ; et enfin un troisième mouvement, corrélatif au deuxième, vers une « autonomie » relative de la fiducie-sûreté par rapport à la fiducie-gestion (introduction dans le Livre IV du Code civil de dispositions propres à la fiducie-sûreté).

En quelques mois, le régime de la fiducie-sûreté a donc été largement remodelé et amendé : est-on arrivé au bout de ce mouvement de modifications ? Ce n'est pas certain, car des critiques sont toujours émises à l'égard de certaines dispositions nouvelles du Livre IV du Code civil. Mais le nouveau régime de la fiducie-sûreté semble toutefois à peu près stabilisé, ce qui autorise à en détailler les avantages, inconvénients et risques juridiques. Après avoir précisé quels sont les corps de règles applicables à cette nouvelle sûreté (I), nous nous arrêterons sur le formalisme attaché au contrat de fiducie-sûreté (II) ainsi que sur son domaine *ratione personae* (III), avant d'étudier les outils (IV) et enfin le dénouement (V) de cette garantie.

I – LES CORPS DE RÈGLES APPLICABLES À LA FIDUCIE-SÛRETÉ

Le régime juridique de la fiducie-sûreté figure aux articles 2011 et suivants du Code civil et, depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009, aux articles 2372-1 et suivants et 2488-1 et suivants dudit code. À ces textes, il faut bien sûr ajouter les dispositions issues de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui concernent la fiducie-sûreté dans le cadre d'une procédure collective (6), les dispositions fiscales (7), ainsi que les règles comptables (8) applicables à la fiducie-sûreté.

Si l'on s'en tient au droit civil, la fiducie-sûreté obéit donc désormais à trois corps de règles distincts. Toutefois, bien que cela puisse paraître complexe au premier abord, ce n'est pas si gênant et si incohérent : les articles 2011 et suivants (dans le Livre III du Code civil, relatif aux obligations) s'intéressent au régime général de toute fiducie (gestion ou sûreté), tandis que les deux autres corps de règles (intégrés au Livre IV du Code civil relatif aux sûretés) fixent des règles propres à la fiducie-sûreté mobilière et à la fiducie-sûreté immobilière. Or ces deux derniers corps de règles ont un contenu très proche l'un de l'autre, les nuances que l'on peut relever découlant de l'objet spécifique – mobilier ou immobilier – du bien placé en fiducie. L'ordonnance du 30 janvier 2009 a ainsi eu le mérite de reconnaître la spécificité de la fiducie-sûreté par rapport à la fiducie-gestion et de combler certaines lacunes du régime général de la fiducie, lorsque celle-ci est utilisée à titre de sûreté. La place de ces deux nouveaux corps de règles dans le Code civil est d'ailleurs tout à fait cohérente : la fiducie-sûreté mobilière (forme de propriété « cédée » à titre de garantie) figure après les règles consacrées à la propriété « retenue » à titre de garantie (telle que la réserve de propriété) ; la

Notes

(2) Sur la délicate question du droit de propriété du fiduciaire, v. notamment F. Zenati-Castaing et T. Revet [pas d'accent sur le B de Zenati], Les biens, PUF, 3^e éd., 2008, nos 261 et 269 et s. ; Ph. Mahuie et L. Aynès, Les biens, Defrénois, 3^e éd., 2007, nos 757 et s. ; M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre, Defr. 1991, p. 897 ; R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defr. 2007, art. 38631, spécialement n° 19 s. ; F. Barrière, Rép. civ. Dalloz, V^e Fiducie, 2008, nos 56 et s. ; C. de Lajarte, La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, RLDC 2009/60, p. 71, spécialement nos 26 et s. ; adde B. Mallet-Bricout, Fiducie et propriété, in Liber amicorum Ch. Larroumet, Economica, 2009, à paraître.

(3) Sur le régime de ce transfert, v. infra.

fiducie-sûreté immobilière s'insère dans le Code civil en toute fin du Livre IV, dans un nouveau chapitre qui consacre clairement la sûreté-proprété en matière immobilière (9). Une question s'est toutefois très vite posée après la publication de l'ordonnance du 30 janvier 2009, celle de l'application des dispositions du Livre IV du Code civil aux constituants personnes morales (A). En outre, il est intéressant de préciser quelques règles de coordination entre les trois corps de règles applicables (B).

A – Application du Livre IV du Code civil aux constituants personnes physiques et, désormais, aux constituants personnes morales

Les articles 2372-6 et 2488-6 du Code civil, issus de l'ordonnance du 30 janvier 2009, ont clairement exclu du double *corpus* de règles situé dans le Livre IV du Code civil les constituants personnes morales. Ce choix du législateur fut immédiatement vivement critiqué (10), comme réintroduisant une forme de discrimination là où le législateur avait fait en sorte de la combattre dans la « LME » du 4 août 2008, qui avait au contraire élargi sensiblement le domaine de la fiducie. La raison d'une telle restriction du domaine des dispositions du Livre IV tenait certainement au fait que l'ordonnance du 30 janvier 2009 avait été prise sur habilitation du Parlement (v. LME, art. 18, V). Or le Parlement avait donné pouvoir au gouvernement de prendre les dispositions nécessaires à l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques : il fallait bien que le gouvernement respecte les limites de cette habilitation. Mais la cohérence du régime de la fiducie-sûreté se trouvait ainsi malmenée, du fait de cette distinction totalement injustifiée selon que le constituant était une personne physique ou une personne morale. Les fiducies-sûretés constituées par une personne morale restaient a priori possibles et valables, simplement, elles ne relevaient pas de ces deux *corpus* de

règles et l'hésitation était permise sur la question de savoir quelles règles leur étaient applicables : relevaient-elles des articles généraux 2011 et suivants du Code civil ou bien étaient-elles « abandonnées à elles-mêmes » (11)? La loi du 12 mai 2009 est venue clarifier la situation en abrogeant les articles 2372-6 et 2488-6 : désormais, aussi bien les constituants personnes physiques que les constituants personnes morales sont soumis aux dispositions insérées au Livre IV du Code civil. Un auteur s'interroge toutefois sur l'opportunité d'une telle abrogation, relevant qu'il était peut-être judicieux de ne pas enfermer les constituants personnes morales dans la réglementation stricte prévue aux articles 2372-1 suivants et 2488-1 et suivants, alors même que l'article 2018 du Code civil leur ouvrait la possibilité d'une libre utilisation de la fiducie à titre de sûreté (12).

B – La coordination des différents corpus de règles applicables

Deux hypothèses de coordination peuvent être envisagées. D'une part, peut se poser la question de la coordination des dispositions du Livre III avec celles du Livre IV, ou avec d'autres régimes spéciaux de fiducies-sûretés existant avant la loi du 19 février 2007. Les articles 2372-1 et 2488-1 renvoient en effet expressé-

ment au « *contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code civil* ». Cela signifie a priori que le contrat de fiducie-sûreté conclu dans le cadre des articles 2372-1 et suivants ou 2488-1 et suivants doit aussi respecter le cadre général fixé aux articles 2011 et suivants. Mais cela ne signifie pas pour autant que toute fiducie-sûreté relève désormais des articles 2011 et suivants : on peut penser que lorsque le législateur déclare que « *la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code civil* », il n'impose pas que toutes les sûretés fiduciaires relèvent de ce régime. La cession « *Dailly* », par exemple, ou encore le gage-espèces conservent certainement leur régime propre (légal ou jurisprudentiel), en l'occurrence plus léger que la nouvelle fiducie et sans la nécessité de créer un patrimoine d'affectation. D'autre part, la question de la coordination des deux corps de règles insérés dans le Livre IV peut également être posée. Le bien placé en fiducie relève alors de l'un ou l'autre corps de règles selon sa nature : le transfert en fiducie d'un bien mobilier ou d'un droit relève des articles 2372-1 et suivants, celui d'un bien immobilier relève des articles 2488-1 et suivants. Ainsi, le patrimoine fiduciaire peut contenir à la fois des biens mobiliers et des biens

Notes

- (4) La première fiducie-sûreté a été réalisée en février 2008, l'État, créancier de dettes sociales et fiscales, étant bénéficiaire.
- (5) Sur l'avocat fiduciaire, v. notamment J.-J. Uetwiller, *Avocat et fiducie*, Dr. & patr. 2009, n° 179, p. 26; L. Chambaz, *L'avocat et la fiducie*, RLDC 2009/56, p. 27; C. Jamin, *L'avocat, le fiduciaire et le tiers*, D. 2007, n° 22 et Avocats, JCP 2009, I, 120, n° 5; P. Berger, *L'avocat fiduciaire*, RLDC 2009/60, p. 69; JCP G 2009, n° 25, interview de S. Bertoluzzi, p. 60.
- (6) V. sur ce point, G. Berthelot, *Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance relative aux procédures collectives*, *infra* p. 89, et les références citées.
- (7) V. sur ce point, J.-L. Pierre, *Quelle neutralité fiscale pour la fiducie?*, *infra* p. 95, et les références citées.

- (8) V. notamment X. Delpech, *Enfin un cadre comptable pour la fiducie?*, D. 2008, p. 533 (à propos de l'avis du Conseil national de la comptabilité rendu le 7 février 2008); J. Londino, *La fiducie, aspects comptables*, JCP E 2007, 2057.
- (9) Jusqu'à présent, seul l'article 2373, alinéa 2, du Code civil faisait allusion à la réserve de propriété immobilière.
- (10) Notamment M. Grimaldi, *La fiducie sur ordonnances*, D. 2009, p. 670; P. Crocq, *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine mise des subprimes en France?*, D. 2009, p. 716.
- (11) M. Grimaldi, *La fiducie sur ordonnances*, précité.
- (12) A. Raynaud, *Ultimes modifications de la fiducie*, JCP N 2009, 439, n° 14 et s.

immobiliers, et ce n'est pas le patrimoine fiduciaire qui relève dans son entier de tel ou tel corpus de règles, mais chaque bien intégré dans ce patrimoine. Heureusement, on l'a dit, les deux corps de règles sont très proches sur le fond, ce qui simplifie beaucoup la mise en œuvre pratique de cette sûreté.

II – FORMALISME ET PUBLICITÉ ATTACHÉS AU CONTRAT DE FIDUCIE-SÛRETÉ

Le contrat de fiducie-sûreté obéit à plusieurs règles formalistes et de publicité, destinées à garantir une information exhaustive des parties et à répondre aux exigences de la publicité foncière et à celles de la législation fiscale : contrat écrit, voire dans certains cas solennel (A), enregistrement du contrat à peine de nullité (B), mentions obligatoires (C).

A – Contrat écrit, voire solennel

L'article 2012 du Code civil impose la conclusion d'un contrat solennel *ad validitatem* dès lors que le contrat porte sur tout bien indivis (quelle que soit la source de l'indivision) ou sur tout bien dépendant de la communauté conjugale.

Dans les autres hypothèses, l'article 2012 impose l'existence d'une fiducie « expresse », ce qui doit être distingué de l'exigence d'un contrat écrit. Mais dans la mesure où d'autres textes applicables à la fiducie-sûreté imposent la rédaction de mentions obligatoires dans le contrat de fiducie (à peine de nullité), on doit admettre que dans tous les cas ce contrat sera écrit (13).

B – Enregistrement du contrat à peine de nullité

L'article 2019 impose l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants, dans le délai d'un mois à compter de leur date, au service des

impôts du siège du fiduciaire (ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France).

Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, il est donc important de penser à enregistrer tout avenant au contrat de fiducie, qui porterait par exemple sur le remplacement conventionnel du fiduciaire (14), la recharge éventuelle de la fiducie-sûreté (15), la désignation du bénéficiaire (qui peut avoir lieu après la conclusion du contrat de fiducie), etc. La sanction est sévère : la nullité du contrat ou de l'avenant concerné.

En outre, conformément aux articles 647 et 657 du Code général des impôts, si le contrat de fiducie ou l'avenant portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils doivent faire l'objet de la formalité « fusionnée » prévue à ces articles.

C – Mentions obligatoires

L'article 2018 du Code civil prévoit un certain nombre de mentions obligatoires, qui doivent figurer dans le contrat de fiducie à peine de nullité. Les articles 2372-2 et 2488-2 ajoutent deux mentions obligatoires supplémentaires lorsque la fiducie est conclue à titre de garantie.

Classiquement, l'article 2018 exige notamment la mention des « biens, droits ou sûretés transférés », et les deux autres dispositions ajoutent qu'il faut mentionner « la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit / de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire ».

La mention des biens, droits ou sûretés transférés est une indication minimale : puisqu'il s'agit de constituer un patrimoine... encore faut-il savoir ce qu'il contient exactement. La mention de la dette garantie quant à elle est classique : on la retrouve pour toutes les sûretés conventionnelles (gage, nantissement, antichrèse, hypothèque). Plus surprenante est la troisième mention, celle de la valeur estimée du bien ou droit transféré. Rien n'est dit en effet concernant l'estimation de cette valeur ; elle pourrait donc avoir lieu à

l'amiable. Le rapport au président de la République présentant cette disposition considère que cela permet de garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de son engagement... Mais comme le souligne un auteur (16), le constituant engage de toute façon tous ses biens lorsqu'il s'endette : peu importe pour lui de connaître la valeur exacte de cette garantie spécifique, accordée au créancier sur certains biens. En outre, cette valeur peut évidemment varier pendant la durée de la fiducie, ce qui pousse à relativiser l'information obligatoire figurant dans le contrat de fiducie.

III – LE DOMAINE RATIONE PERSONAE DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ

Le domaine *ratione personae* de la fiducie-sûreté est marqué par une volonté nette d'élargissement, qui s'est manifestée aussi bien en ce que concerne le constituant (A) que le fiduciaire (B).

A – Le constituant

On sait que depuis le 1^{er} février 2009, toutes les personnes physiques ou morales peuvent constituer une fiducie, et non plus les seules personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés (abrogation de l'article 2014 du Code civil par la « LME »).

La fiducie-sûreté est donc désormais ouverte aux particuliers et aux entrepreneurs individuels, ce qui peut poser question dans la mesure où la réforme du droit des sûretés réalisée en mars 2006 a déjà largement diver-

Notes

(13) En ce sens, B. Kan-Balivet, Les clés du contrat de fiducie-gestion, *infra* p. 70, partie I in fine ; v. également C. Albiges, La constitution de la fiducie, *Dr. & patr.* 2008, n° 171, p. 50.

(14) V. *infra*.

(15) V. *infra*.

(16) M. Grimaldi, La fiducie sur ordonnances, précité, spécialement n° 10.

sifié les garanties, tout en maintenant un objectif de protection des personnes les plus vulnérables. Mais à travers les réformes successives de la fiducie-sûreté, le but du législateur est net : diversifier encore davantage les sûretés en droit français, sans exclure aucune catégorie de débiteurs, tout en fixant quelques règles protectrices en particulier dans le domaine des régimes matrimoniaux, dans celui des successions ou encore celui des incapacités. Sur tous ces points, nous renvoyons à l'article de Mme Kan-Balivet (17), car aucune spécificité ne peut être relevée en matière de fiducie-sûreté.

On soulignera seulement que la loi du 12 mai 2009 revient opportunément sur la règle posée à l'article 2029 du Code civil, selon laquelle « le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique », sans distinguer fiducie-gestion et fiducie-sûreté. Cette disposition générale ne peut se comprendre en ce qui concerne la fiducie utilisée à titre de garantie, car elle crée une insécurité pour le créancier qu'il ne saurait supporter. Cette « extravagance » ayant été dénoncée en doctrine, il est désormais prévu aux articles 2372-1, alinéa 2, et 2488-1, alinéa 2, que le contrat de fiducie-sûreté ne s'éteint pas par le décès du constituant, par dérogation à l'article 2029 du Code civil. Ainsi, au décès du constituant, le contrat de fiducie-sûreté revient à la succession, celle-ci devenant constituant (v. C. civ., art. 724, en l'absence de disposition spéciale propre à la fiducie). Les travaux préparatoires de la loi du 12 mai 2009 (18) précisent que si des dispositions contractuelles le permettent, la succession pourra décider de rembourser la dette par anticipation et ainsi récupérer les biens « fiduciaires », qui pourront alors faire l'objet d'un partage. Si rien n'est prévu au contrat de fiducie ou si la succession décide de le poursuivre, elle pourra demeurer constituant jusqu'au terme, à moins qu'un partage ait lieu et que l'un des

héritiers prenne alors la qualité de constituant.

B – Le fiduciaire

Les établissements de crédit sont probablement les premiers visés par la fiducie-sûreté, en qualité de créancier-fiduciaire. Mais on sait que la « LME » a ouvert la qualité de fiduciaire aux avocats à partir du 1^{er} février 2009 (art. 2015, al. 2), aux côtés des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des entreprises d'assurance.

On peut penser que l'avocat, pour ce qui concerne la fiducie-sûreté, sera plutôt fiduciaire au bénéfice d'un tiers créancier et se contentera donc de gérer le patrimoine fiduciaire donné en garantie de la créance d'un autre. Il n'est pas interdit, toutefois, d'imaginer que l'avocat soit lui-même créancier-fiduciaire, dans l'hypothèse (d'école) où il obtiendrait le transfert d'un bien mis en fiducie à titre de garantie des honoraires qui lui sont dus, sous réserve du respect des règles déontologiques propres à la profession d'avocat. En tout état de cause, une décision n° 2009-001 du Conseil national des barreaux du 24 avril 2009, portant réforme du règlement intérieur national de la profession d'avocat, précise utilement que l'avocat fiduciaire ne pourra exercer aucune activité commerciale dans le cadre de l'exercice de sa mission. Ainsi, il ne pourra pas gérer lui-même un fonds de commerce transféré en fiducie, ou devenir associé d'une société en conséquence du transfert de titres sociaux dans le patrimoine fiduciaire. Il devra dans ce cas procéder à la désignation d'un mandataire social ou d'un exploitant, selon les prescriptions légales (par exemple, location-gérance), sauf à ce qu'une convention de mise à disposition soit mise en place dans le cadre de la fiducie-sûreté. De manière générale, l'avocat fiduciaire est donc soumis aux incompatibilités des articles 111 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 (19).

Toujours concernant la qualité de fiduciaire, une autre question se pose, celle de son remplacement éventuel. La « LME » a en effet modifié l'article 2027 du Code civil, qui dispose désormais que le fiduciaire peut non seulement être remplacé quand il manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés (sur décision judiciaire) mais aussi, désormais, quand il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Et son remplacement, dans tous les cas, peut être organisé à l'avance dans le contrat, sans plus nécessairement avoir recours au juge. Il suffit que les parties aient prévu dans le contrat de fiducie « les conditions de son remplacement ». Cette modification de l'article 2027 apporte une certaine souplesse au mécanisme de remplacement du fiduciaire, mais pose également quelques questions.

En premier lieu, dans l'hypothèse du remplacement légal, on peut se demander pourquoi l'hypothèse de la liquidation judiciaire du fiduciaire n'est pas visée par ce texte. En outre, comment justifier une telle exception à la règle de la continuation des contrats en cours (20)? L'article 2027 organise en effet la possibilité légale de changer de partenaire contractuel (changement de fiduciaire) alors même qu'une procédure collective est ouverte et sans l'avis de quiconque, si cela a été prévu dans une stipulation contractuelle.

En deuxième lieu, dans l'hypothèse du remplacement conventionnel, il conviendra de bien préciser dans le contrat les conditions dans lesquelles interviendra ce remplacement, sous peine dans le cas contraire d'engen-

Notes

(17) V. infra, p. 70.

(18) Rapp. Sénat n° 209, 11 févr. 2009, par B. Saugy.

(19) Sur ces questions, v. Fiducies et ventes judiciaires : le règlement intérieur national des avocats modifié, entretien avec S. Bortoluzzi, précité, v. également J.-J. Uetwiller, Avocat et fiducie, précité.

(20) V. P. Crocq, La nouvelle réglementation de la fiducie, Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'exécution forcée, oct. 2008, p. 2.

drer un contentieux, si le fiduciaire conteste son éviction au profit d'un autre. On peut aussi se demander, spécialement dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire serait aussi le créancier, si ce « remplacement conventionnel » de fiduciaire, dans des conditions librement définies, n'équivaudrait pas à une forme originale de « cession de garantie » à un autre créancier, qui deviendrait ainsi créancier-fiduciaire à la place du premier.

En troisième lieu, on peut souligner que l'article 2027 précise in fine que « la décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant »... sans étendre cette solution à l'hypothèse du remplacement conventionnel. Il faudrait donc, dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté avec remplacement conventionnel, prévoir les modalités du transfert du patrimoine fiduciaire puisque celui-ci n'a pas lieu de plein droit. Il y a là une omission de la loi qui peut surprendre, à moins que le législateur ait eu la volonté de traiter de manière différenciée le remplacement conventionnel et le remplacement judiciaire, afin d'éviter la « dilution » des transferts de propriété entre remplaçants potentiellement successifs du fiduciaire.

IV – LES OUTILS DE LA GARANTIE

À titre préliminaire, il faut relever l'allongement de la durée maximale du contrat de fiducie, de trente-trois à quatre-vingt-dix-neuf ans, par la « LME » (v. C. civ., art. 2018, 2°). Cette durée est donc alignée sur celle de la société, ce qui peut être utile dans la perspective d'une utilisation de la fiducie-sûreté afin de garantir des projets de financement de grande ampleur et de longue durée. La fiducie-sûreté pourrait aussi être utilisée pour garantir des risques spécifiques, dont on ne maîtrise pas, au moment de la signature du contrat, l'ampleur exacte, par

exemple des dommages résultant d'une pollution.

Cet allongement de la durée de la fiducie ouvre aussi des perspectives intéressantes dans le cadre d'opérations de financement ou de refinancement successives, par exemple si le patrimoine fiduciaire est affecté à la garantie du remboursement d'opérations de crédit successives, dans le cadre d'une fiducie-sûreté rechargeable (21).

La fiducie-sûreté repose sur des outils juridiques modernes et dont la performance doit à présent être évaluée. Après avoir rappelé quelques règles générales relatives au patrimoine fiduciaire (A), il convient de s'attarder sur trois outils importants : la cession de créances dans le patrimoine fiduciaire (B), la convention de mise à disposition (C), et enfin la fiducie rechargeable (D).

A – Aspects généraux relatifs au patrimoine fiduciaire

Le patrimoine fiduciaire peut accueillir des « biens, droits ou sûretés » (C. civ., art. 2012) et si ceux-ci sont futurs, « ils doivent être déterminables » (C. civ., art. 2018).

Ce patrimoine fiduciaire bénéficie en outre d'une certaine protection puisqu'il n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du fiduciaire (C. civ., art. 2024) : les créanciers du débiteur, pour lesquels le patrimoine fiduciaire sert de garantie, n'ont pas à craindre cet événement, car seul le patrimoine personnel du fiduciaire pourra être affecté par la procédure collective ouverte à son égard. Par ailleurs, le patrimoine fiduciaire est affecté à la garantie d'un ou plusieurs créanciers bénéficiaires de la fiducie (le créancier pouvant être le fiduciaire lui-même, comme on l'a vu) et ne peut en principe être appréhendé par d'autres créanciers que ceux-là, avec quelques réserves toutefois, qui figurent à l'article 2025 du Code civil :

– les créanciers titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion

du patrimoine fiduciaire ont un droit sur ce patrimoine ;

– les créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie peuvent également exercer leurs droits sur le patrimoine fiduciaire ;

– et bien sûr, la fraude aux droits des créanciers du constituant leur ouvre la possibilité d'exercer une action sur le patrimoine fiduciaire (« *fraus omnia corrumpit* »).

Dans l'hypothèse où le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour satisfaire les créanciers qui bénéficient de celui-ci à titre de garantie, le patrimoine du constituant constitue alors « le gage commun de ces créanciers » (C. civ., art. 2025, al. 2). Mais le contrat de fiducie peut éventuellement « limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire » (C. civ., art. 2025, al. 3). Cette clause n'est toutefois opposable qu'aux seuls « créanciers qui l'ont expressément acceptée » (22).

Par exception, le patrimoine personnel du fiduciaire peut supporter tout ou partie du passif fiduciaire, mais il faut alors prévoir une stipulation expresse en ce sens dans le contrat de fiducie (C. civ., art. 2025 al. 2) : a priori, cette formule n'a pas lieu d'être dans le schéma simple de la fiducie-sûreté, car le créancier-fiduciaire n'a aucun intérêt à supporter les dettes restées impayées. Elle peut cependant être imaginée dans un schéma plus élaboré, lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, si le fiduciaire trouve un intérêt à rembourser les dettes impayées au créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Il faudra toutefois

Notes

(21) V. infra p. 87.

(22) Pour une approche très critique de l'article 2025 du Code civil, v. C. Larroumet, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques, D. 2007, p. 1350, spécialement n° 14 et s. Il faut admettre que l'article 2025 du Code civil ne permet pas de conclure à une affectation exclusive du patrimoine fiduciaire en garantie de l'opération visée par la fiducie, ce qui est contraire à l'idée même d'un patrimoine d'affectation.

veiller, dans ce cas, à ne pas violer l'article 2013 du Code civil, qui exclut toute fiducie reposant sur une intention libérale à l'égard du bénéficiaire. Le montage imaginé pose en effet question au regard des articles 2013 et 2016 combinés, car le constituant, dans un tel montage de fiducie-sûreté, pourrait être qualifié de « l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie » (C. civ., art. 2016), et le contrat risquer alors la nullité.

B – Cession de créances dans le patrimoine fiduciaire

Bien que la fiducie-sûreté mobilière puisse viser des meubles corporels ou incorporels, il est probable qu'elle devienne la sûreté-propiété privilégiée pour les meubles incorporels, tandis que la réserve de propriété resterait la référence en ce domaine pour les meubles corporels (23).

L'article 2372-1 du Code civil prévoit ainsi expressément que la propriété d'un droit puisse être cédée à titre de garantie dans le patrimoine fiduciaire (v. aussi C. civ., art. 2011). Le transfert de créances à titre de garantie est éminemment visé par ces dispositions, mais il n'est pas certain que le créancier bénéficiaire de la fiducie puisse éviter toute concurrence avec d'autres créanciers qui exerceraient une action directe contre le débiteur de ladite créance (24). Quant au cédant (le constituant), il se dépouille du droit qu'il a sur la valeur de sa créance, mais il peut conserver certaines prérogatives sur ladite créance cédée, notamment assurer son administration et son recouvrement. Les prérogatives du fiduciaire sur les biens placés en fiducie peuvent en effet être librement aménagées par le contrat de fiducie (25). La « LME » a par ailleurs aligné les conditions d'opposabilité de la cession de créance sur celles de la cession « Dailly » et du nouveau nantissement de créances (v. C. civ., art. 2018-2 nouveau) : l'opposabilité aux tiers se fait « à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui le constate » et l'opposabi-

lité au cédé se fait « par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire » (sous quelque forme que ce soit). Les règles de la cession de créance de droit commun, plus lourdes, sont donc judicieusement écartées (v. C. civ., art. 1690). Cette solution rend la fiducie attractive, la cession de créances dans le patrimoine fiduciaire étant simple à réaliser.

C – Convention de mise à disposition (ou la fiducie-sûreté sans dépossession)

Le régime de la fiducie-sûreté prévoit expressément la possibilité de conclure une convention de mise à disposition, permettant au constituant de conserver l'usage ou la jouissance du/des biens transférés en fiducie (C. civ., art. 2018-1). Cette disposition est très intéressante par la souplesse qu'elle procure à la fiducie-sûreté, puisqu'elle organise le transfert d'un bien dans le patrimoine fiduciaire tout en laissant au débiteur l'usage ou la jouissance de ce bien, à l'image de ce que l'on connaît en matière de gage sans dépossession par exemple. La convention de mise à disposition est également intéressante fiscalement dans la mesure où, si elle n'est pas conclue, le constituant peut être amené à payer des taxes fiscales alors même qu'il ne tirerait plus de revenus du bien.

L'admission expresse de ce type de convention par le législateur réalise ainsi une consécration de la fiducie-sûreté sans dépossession, qui répond sans aucun doute à une judicieuse analyse économique de cette garantie. L'article 2018-1 précise en outre que le droit des baux commerciaux (dans l'hypothèse du transfert en fiducie d'un immeuble commercial) et le droit de la location-gérance (dans l'hypothèse du transfert en fiducie d'un fonds de commerce) ne sont alors pas applicables, sauf stipulation contraire dans le contrat de fiducie. Un fonds de commerce peut donc être remis à titre de garantie dans le patri-

moine fiduciaire, sans publicité spécifique, ce qui constitue un avantage par rapport au nantissement de fonds de commerce (26). Toutefois, si le fonds de commerce contient des brevets et marques, leur transfert fiduciaire devra sans doute être publié à l'Institut national de la propriété industrielle, aux fins d'opposabilité aux tiers.

En écartant la législation sur les baux commerciaux et sur la location-gérance, le législateur est ainsi allé dans le même sens que ce que l'on trouve dans le Code de commerce à propos du contrat de crédit-bail (C. com., art. L. 144-13). Cette règle confère une certaine souplesse au mécanisme de la fiducie-sûreté, car on sait que les réglementations applicables aux baux commerciaux et à la location-gérance sont fort contraignantes et d'ordre public. La fiducie-sûreté qui laisserait l'usage ou la jouissance du bien au constituant échappe donc à ces contraintes légales. En outre, rien n'est précisé concernant le contenu d'une telle convention d'usage ou de jouissance, ce qui laisse une grande marge de liberté aux parties. En revanche, l'exclusion de la législation sur les baux commerciaux et de celle sur la location-gérance n'étant prévue qu'en cas de convention de mise à disposition, on peut en conclure que ces réglementations resteront applicables en l'absence d'une telle convention...

Notes

(23) V. l'opinion de M. Grimaldi, La fiducie sur ordonnances, précité, spécialement n° 8.

(24) On pense en particulier à l'hypothèse d'un conflit entre le créancier bénéficiaire de la fiducie dans laquelle a été placée une créance d'un entrepreneur sur un maître de l'ouvrage, et un sous-traitant exerçant l'action directe qui lui est accordée par la loi du 30 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Quelle sera l'attitude de la jurisprudence, traditionnellement très protectrice des sous-traitants dans ce type de conflit ?

(25) En ce sens, v. notamment P. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, précité, n° 270 et s.

(26) V. R. Dammann et G. Pothier, Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, D. 2008, p. 2300.

La portée pratique d'un tel constat est toutefois réduite, dans la mesure où il est difficile, voire impossible, d'imaginer qu'un établissement bancaire ou un avocat fiduciaire puissent gérer eux-mêmes un fonds de commerce ou un immeuble commercial transféré dans le patrimoine fiduciaire. Enfin, il faut préciser que certaines contraintes légales peuvent réapparaître au dénouement du contrat de fiducie-sûreté, dans l'hypothèse où le débiteur serait défaillant, car alors le bien entré en fiducie va changer de propriétaire, ce qui peut nécessiter une nouvelle inscription sur le registre du commerce (v. C. com., art. L. 123-1).

La convention de mise à disposition peut-elle être utilisée pour d'autres biens que ceux visés à l'article 2018-1 du Code civil ? La rédaction de ce texte n'empêche aucunement une réponse positive. Le constituant sera alors simple détenteur du bien meuble ou immeuble remis en fiducie et le fiduciaire sera propriétaire de ce bien (avec des attributs réduits). La convention pourra être conclue à titre gratuit ou à titre onéreux, ce qui permet d'imaginer des montages juridiques intéressants, par exemple en combinant le versement de loyers par le constituant avec le remboursement d'un prêt effectué auprès du créancier-fiduciaire (27).

D – Fiducie rechargeable

La fiducie rechargeable, sur le modèle de ce qui existe pour les hypothèques, est à présent clairement admise et réglementée dans le Code civil (depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009). Les nouveaux articles 2372-5 et 2488-5 sont ainsi directement inspirés (mais malheureusement pas totalement) de l'article 2422 relatif à l'hypothèque rechargeable (28). L'idée est de permettre que le patrimoine fiduciaire puisse être utilisé puis réutilisé en tant que sûreté pour garantir le remboursement de plusieurs opérations de crédit successives, à l'aide d'avenants au contrat de fiducie indiquant le nouveau bénéficiaire, enregistrés dans les

conditions de l'article 2019 du Code civil. Cette technique permet une meilleure utilisation de la valeur résiduelle des actifs affectés en fiducie ; on peut même imaginer que le patrimoine fiduciaire reste en « éveil » après le complet remboursement des créances garanties, dans l'attente d'une nouvelle affectation à la garantie de nouvelles dettes (29).

Des règles d'ordre public doivent toutefois être respectées lors de la constitution d'une fiducie-sûreté rechargeable : l'acte constitutif de la fiducie-sûreté doit prévoir expressément cette possibilité, la convention de rechargement doit être enregistrée (la date d'enregistrement déterminant le rang des créanciers entre eux) et elle doit faire l'objet d'une publicité foncière si elle porte sur un immeuble, elle peut être passée avec le créancier originel ou avec un autre créancier (même si le premier n'a pas encore été payé) et enfin, pour ce qui concerne les constituants personnes physiques, la fiducie-sûreté rechargée ne peut garantir une nouvelle dette que dans la limite de la valeur du bien affecté en garantie, « estimée au jour de la recharge ».

Cette dernière exigence pose question. Elle ne correspond pas, en effet, à ce qui a été mis en place pour l'hypothèque rechargeable et la doctrine débat du point de savoir si cette règle pourrait avoir des conséquences dangereuses en pratique. En ce qui concerne l'hypothèque rechargeable, on exige de préciser dans l'acte constitutif le montant hypothécaire, c'est-à-dire le montant à hauteur duquel le créancier hypothécaire va pouvoir exercer son droit de préférence sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Ce montant ne varie pas, contrairement à la valeur de l'immeuble qui, elle, peut varier dans le temps. Et c'est pourtant cette dernière valeur dont il est exigé la mention dans l'acte constitutif d'une fiducie-sûreté et dans la convention de rechargement, la valeur étant estimée au jour de la recharge dans ce dernier cas (v. C. civ., art. 2372-2, 2488-2, 2372-5 et 2488-5). Un auteur en particulier voit dans ce mécanisme

une « porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France », car le crédit est alors adossé à une garantie dont la valeur est variable et peut donner lieu à une estimation erronée ou artificiellement augmentée (30). Un autre auteur, en revanche (31), conteste cette analyse pessimiste, en invoquant les nombreux mécanismes de protection du débiteur que le législateur français et la jurisprudence ont mis en place. Il considère en outre que « le risque de dépréciation de l'actif garanti affecte indifféremment toutes les sûretés réelles », et pas seulement la fiducie-sûreté rechargeable. Et un troisième auteur voit dans cette règle une protection du constituant, dans la mesure où elle permet d'éviter qu'un rechargement n'intervienne pour une valeur supérieure à la valeur du bien au jour de la recharge, dans un objectif de spéculation sur une éventuelle plus-value du bien dans l'avenir (32). Il reste que le législateur n'a prévu aucun garde-fou contre l'utilisation de la fiducie-sûreté rechargeable en garantie d'un crédit revolving qui serait accordé à un particulier, ou permettant d'éviter la constitution d'une telle sûreté sur le logement familial du débiteur (33). Quant aux constituants personnes morales, ils peuvent conclure une telle

Notes

- (27) V. R. Dammann et G. Pothier, Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, précité.
- (28) Pour une comparaison des deux institutions, v. M. Grimaldi, La fiducie sur ordonnances, précité, spécialement n° 12.
- (29) V. R. Dammann et G. Pothier, Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, précité, spécialement p. 2301.
- (30) P. Crocq, La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?, précité ; v. aussi M. Grimaldi, La fiducie sur ordonnances, précité, spécialement p. 673.
- (31) A. Raynaud, Ultimes modifications de la fiducie, précité, n° 18.
- (32) L. Aynès, Le régime juridique de la fiducie, RLD 2009/60, spécialement p. 69.
- (33) Regret exprimé par P. Crocq, La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?, précité.

sûreté de manière encore plus libérale que les personnes physiques, puisqu'ils n'ont pas à respecter la limite de la recharge à hauteur de la valeur du patrimoine fiduciaire estimée au jour de la recharge (C. civ., art. 2372-5, al. 2, tel que modifié par la loi du 12 mai 2009, interprété *a contrario*).

Enfin, il faut souligner qu'un créancier-fiduciaire n'aurait semble-t-il aucun intérêt à accepter une clause de recharge dans le contrat de fiducie-sûreté, car il se mettrait alors dans la position de devoir accepter, alors même qu'il a été payé, de rester fiduciaire au profit d'autres créanciers. La fiducie rechargeable n'est donc opportune que si le créancier-fiduciaire est habituellement fiduciaire pour le compte d'autrui.

V – LE DÉNOUEMENT DE LA GARANTIE

Les articles 2029 et 2030 du Code civil donnent quelques indications générales à propos du dénouement de la fiducie-sûreté.

A – Causes du dénouement

Plusieurs causes peuvent entraîner la fin du contrat : décès du constituant, survenance du terme, réalisation du but poursuivi, renonciation des bénéficiaires, liquidation judiciaire, dissolution, cession ou encore absorption du fiduciaire, interdiction, radiation ou omission de l'avocat fiduciaire. On peut ainsi penser que l'extinction de la créance garantie par la fiducie-sûreté va entraîner l'extinction du contrat de fiducie, le but poursuivi par le contrat (garantir le paiement de cette créance) étant devenu sans objet (sauf fiducie rechargeable). Mais il est vrai que le législateur a omis de le préciser (34).

B – Réalisation de la sûreté

Lorsque le contrat prend fin, en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés figurant dans le patrimoine

fiduciaire « font de plein droit retour au constituant ». C'est ce qui se passe, bien sûr, si le débiteur a payé sa dette et que la créance est désormais éteinte : la fiducie-sûreté s'éteint avec elle (sauf fiducie rechargeable).

Mais ce sont surtout les nouvelles dispositions du Livre IV qui doivent être étudiées, car elles donnent quelques précisions sur la procédure de réalisation de la sûreté en cas de défaillance du débiteur (C. civ., art. 2372-3 et 2372-4, 2488-3 et 2488-4) (35).

Si le créancier est fiduciaire, il acquiert désormais « la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie », c'est-à-dire qu'il devient propriétaire ordinaire du bien ou du droit mis en fiducie. La loi ne précise pas par quel procédé le créancier fiduciaire acquiert la propriété définitive du ou des biens ; il semble que le transfert ait lieu de manière automatique, sans autre formalité que celles imposées par la loi pour certains types de biens (respect de formalités de publicité, d'enregistrement ou d'inscription sur un registre). Encore faut-il, bien évidemment, établir au préalable la défaillance du débiteur.

Si le créancier n'est pas le fiduciaire, il a le choix entre deux possibilités : soit exiger du fiduciaire la remise du bien et il peut alors librement en disposer, soit exiger la vente du bien ou du droit cédé et obtenir la remise de tout ou partie du prix, mais il faut que le contrat de fiducie ait prévu cette possibilité.

On observera ainsi que le pacte comissoire semble admis même s'il porte sur la résidence principale du débiteur, et que la clause de voie parée n'est pas interdite dans le contrat de fiducie, au contraire de la réglementation applicable à l'hypothèque (36).

Ces dispositions organisent en outre les rapports entre créancier et débiteur, selon la valeur du bien ou du droit définitivement acquis ou remis au fiduciaire ou vendu. La valeur du bien ou du droit doit être déterminée par un expert désigné à l'amiable ou par le juge (sauf s'il existe une cota-

tion officielle ou s'il s'agit d'une somme d'argent). Le créancier doit restituer au constituant la différence entre le montant de la créance et la valeur du bien ou du droit acquis (ou entre le montant de la créance et le prix du bien ou droit vendu), après déduction des frais de conservation et de gestion du patrimoine fiduciaire (37). On retrouve là les garanties classiques accordées au débiteur lorsque le créancier acquiert la propriété du bien reçu en sûreté, dans le cadre d'un gage, d'un nantissement, d'une hypothèque, etc. On peut observer que le législateur laisse une certaine marge de liberté aux parties dans la détermination de la procédure de réalisation de la sûreté et ne règle pas tous les détails de cette procédure : dans le silence des textes et en l'absence de dispositions contractuelles précises, les règles de droit commun sont *a priori* applicables.

CONCLUSION

La fiducie-sûreté, telle qu'elle est actuellement réglementée, présente sans aucun doute des « atouts » : il s'agit là de la seule sûreté réelle conventionnelle qui puisse porter indifféremment sur tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, présent ou futur. Elle peut en outre être mise en place par toute personne physique ou morale, cet élargissement laissant entrevoir de larges perspectives d'utilisation. La souplesse de la fiducie-sûreté doit aussi être relevée : cette garantie peut désormais être adaptée à des opérations sur le très long terme, elle peut

Notes

(34) V. l'opinion de L. Aynès, Le régime juridique de la fiducie, précité.

(35) Précisions qui étaient bien sûr attendues par la doctrine : v. M.-P. Dumont-Lefrand, Le dénouement de l'opération de fiducie, Dr. & patr. 2008, n° 171, p. 63.

(36) V. L. Aynès, Le régime juridique de la fiducie, précité.

(37) « Que la dette, rien que la dette ! », comme le résume P. Rebaudet, Un nouvel outil pour la construction de la fiducie, Dr. & patr. 2009, n° 180, p. 24.

en outre être réalisée par le constituant en garantie de la dette d'autrui (38) et les possibilités de conclure une convention de mise à disposition ou une fiducie rechargeable permettent d'adapter cette garantie aux besoins des parties. Le législateur s'est également attaché à simplifier les outils permettant la mise en œuvre de la fiducie-sûreté, en facilitant le transfert de créances dans le patrimoine fiduciaire, ainsi que la réalisation de la sûreté en cas de défaillance du débiteur. La fiducie-sûreté offre en outre un bon niveau de sécurité pour son bénéficiaire, ainsi que pour le constituant : le patrimoine fiduciaire est en principe exclu du droit de gage général des créanciers personnels du constituant et l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2024).

Toutefois, un certain nombre d'inconvénients et d'incertitudes subsistent, qui seraient propres à faire douter les praticiens de l'efficacité globale de cette garantie. On a vu que la souplesse attachée à la fiducie rechargeable pourrait se doubler d'un risque de dangers potentiels pour le constituant. En outre, aucune publicité n'est encore attachée à cette garantie, publicité qui pourrait être imaginée sur le modèle du registre mis en place pour le gage depuis la réforme des sûretés (39). Un auteur en déduit que le droit commun de la publicité devrait alors s'appliquer pour chaque bien entrant dans le patrimoine fiduciaire (40), ce qui entraîne une regrettable lourdeur dans la mise en œuvre de la fiducie-sûreté. Par ailleurs, aucune disposition ne règle clairement l'éventualité d'un transfert de dettes dans le patrimoine fiduciaire, ce qui pose la question de l'admission en droit français du mécanisme de *défaillance* (41). Surtout, l'introduction dans le patrimoine fiduciaire de biens commerciaux pose un certain nombre de questions liées à celle, fondamentale

et fort délicate, du moment et de la nature exacte du transfert de propriété fiduciaire : quand faut-il en effet effectuer l'inscription au registre du commerce du nouveau propriétaire du fonds de commerce placé en fiducie : lors de l'entrée du bien dans le patrimoine fiduciaire et/ou lors de la réalisation de la sûreté ? Par ailleurs, comment et quand vont pouvoir être exercés les éventuels droits de préemption légaux sur le bien placé en fiducie ? On peut penser, par exemple, au droit de préemption des communes visant à préserver le commerce de proximité (v. D. n° 2007-1827, 26 déc. 2007), dans l'hypothèse de l'entrée d'un fonds de commerce dans le patrimoine fiduciaire. Il semblerait *a priori* cohérent de considérer que ce n'est qu'au moment de la réalisation (éventuelle) de la sûreté que le créancier acquiert un droit complet sur la chose, et que ce serait donc à ce moment seulement que pourrait s'exercer le droit de préemption, d'autant plus que l'on a vu que le fonds de commerce placé en fiducie pouvait, pendant la durée du contrat, faire l'objet d'une convention de mise à disposition au profit du constituant. Corrélativement, le fiduciaire (qu'il s'agisse du créancier ou d'un tiers) exercerait alors un droit original, ou au mieux un droit de propriété « *potentiel* » sur le bien placé en fiducie, pendant toute la durée du contrat (42). Cette approche pratique de la situation peut permettre de conclure dans le sens d'une mise en œuvre des droits de préemption et des règles d'inscription au registre du commerce seulement au moment de la réalisation de la garantie, mais une telle position revient à nier l'existence d'un véritable transfert de propriété dans le patrimoine fiduciaire dès la constitution de la fiducie... Le débat n'est certainement pas clos sur la nature exacte de l'*intégration* des biens placés dans le patrimoine fiduciaire : il ne s'agit pas, on le voit, que d'une question théorique.

En tout état de cause, le régime juridique de cette sûreté ne pourra être affiné que si les praticiens se lancent dans l'aventure de la fiducie. Quelques auteurs ont d'ores et déjà une approche très optimiste de l'avenir de cette institution nouvelle (43), mais c'est sans doute le traitement de la fiducie en cas de procédure collective ouverte contre le constituant qui peut permettre d'apprécier l'efficacité globale de cette sûreté. ■

Notes

(38) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008-2009, n° 633-44.

(39) V. notamment R. Dammann et G. Pothier, *Fiducie et procédure de sauvegarde : un nouvel équilibre*, RLD 2008/49.

(40) L. Aynès, *Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi*, RLD 2008/46, Supplément.

(41) Sur ce mécanisme, v. C. Larroumet, *Sur la réalisation d'une défaillance en droit français*, in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, et v. les positions, à propos de la fiducie, de L. Aynès, *Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi*, précité, et P. Crocq, *La nouvelle réglementation de la fiducie*, précité, p. 3.

(42) Soulignons qu'en droit fiscal, il est prévu, au moment du transfert dans le patrimoine fiduciaire, la perception d'un droit fixe de 125 euros (CGI, art. 1133 quater) ou, s'il y a des immeubles ou des droits réels immobiliers, de la taxe de publicité foncière de 0,715 % (CGI, art. 1020). Au terme de la fiducie, un droit fixe de 125 euros est perçu, ou un droit sur les mutations à titre onéreux en cas de transfert du bien au créancier.

V. J.-L. Pierre, *Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ?*, précité, *infra* p. 95. Sur le débat relatif à la nature des droits du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire, v. les références citées *supra* note 2.

(43) V. notamment A. Cerles, *La fiducie, nouvelle reine des sûretés*, JCP E 2006, 2054 ; R. Dammann et G. Pothier, *Fiducie et procédure de sauvegarde : un nouvel équilibre*, précité, *in fine*.